

OPENBAARHEID VAN DOCUMENTEN ALS GRONDRECHT

Wouter Hins

Vlak voor kerstmis 2009 sprak Jit mij aan. Zijn nicht Mariko Peters, Tweede Kamerlid voor GroenLinks, wilde mensen bij elkaar brengen om te discussiëren over een herziening van de Wet openbaarheid van bestuur. Had ik belangstelling om mee te doen? Ik vreesde even voor een lange reeks vergaderingen, maar nieuwsgierigheid gaf de doorslag. Een kijkje achter de schermen van de Tweede Kamer is immers zo iets als het bezoeken van de kleedkamers achter het toneel. Op 18 januari 2010 was het zo ver. In de burelen van de GroenLinks fractie had ik een interessante ontmoeting met Mariko Peters en haar assistente Lotte van der Laan. Van een verplichting tot vergaderen bleek geen sprake. Er werden afzonderlijke gesprekken gehouden met een paar mensen uit de wetenschap en de praktijk, waarvan ik er één was. Of Mariko iets aan mijn opmerkingen heeft gehad, kan ik niet beoordelen. Mij gaf het gesprek in ieder geval stof tot overdenking. Het is mooi meegenomen dat ik de vruchten daarvan nu in deze bundel ter ere van haar oom kan aanbieden.

De vraag die ik zou willen bespreken is als volgt. Schiet de Nederlandse Wet openbaarheid van bestuur tekort in het licht van artikel 10 EVRM? In een recent arrest van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens werd Hongarije veroordeeld nadat het Constitutionele Hof geweigerd had documenten uit een procesdossier aan de openbaarheid prijs te geven. De weigering belemmerde volgens het EHRM de totstandkoming van een maatschappelijk debat over een zaak van algemeen belang. Een gerechtelijk instantie in Nederland zou de aanvraag waarschijnlijk eveneens hebben afgewezen, omdat de Wob niet van toepassing is op 'onafhankelijke, bij de wet ingestelde organen, die met rechtspraak zijn belast'. Een paar weken later werd Hongarije opnieuw veroordeeld, dit keer vanwege de weigering informatie te verstrekken over de geschiedenis van de geheime dienst. Kunnen we spreken van een internationale rechtsontwikkeling die dwingt tot meer openbaarheid? Moet de Wob op de schop?

1. Artikel 10 EVRM

Gedurende vele jaren kregen studenten te horen dat de vrijheid om inlichtingen en denkbeelden te ontvangen volgens artikel 10 EVRM scherp onderscheiden moet worden van een recht op toegang tot overheidsinformatie. Weliswaar had het EHRM een paar keer vastgesteld dat de staat verplicht kan zijn tot het verstrekken van informatie aan bepaalde personen, maar daarbij ging het steeds om mensen die een specifiek belang bij de informatie hadden. De positieve verplichting om bepaalde informatie te geven werd gekoppeld aan artikel 8 EVRM (het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer), artikel 6 EVRM (het recht op een eerlijk proces) en artikel 2 EVRM

(het recht op leven). Zo kan het in strijd zijn met artikel 8 EVRM om de omwonenden van een chemische fabriek niet te informeren over de risico's die zij lopen¹, met artikel 6 EVRM om de verdachte in een strafproces bepaalde stukken uit zijn dossier te onthouden² of met artikel 2 EVRM om de nabestaanden van iemand die is neergeschoten door de politie onvoldoende te informeren over het onderzoek naar de fatale gebeurtenis.³

Openbaarheid van bestuur is iets anders. Degene die een Wob-verzoek indient, heeft geen belang bij zijn verzoek te stellen, zo bepaalt artikel 3, derde lid, van de Wob. Openbare informatie is openbaar voor iedereen. Pogingen om uit artikel 10 EVRM een meer algemeen recht op informatie af te leiden zijn tot 2009 steeds mislukt. Een voorbeeld is het arrest *Leander vs Zweden* uit 1989. In deze zaak had Leander geklaagd over het feit dat hij geen inzage had gekregen in een antecedentenonderzoek naar zijn communistische verleden. Daardoor was hij een baan misgelopen. Het EHRM overwoog:

The Court observes that the right to freedom to receive information basically prohibits a Government from restricting a person from receiving information that others wish or may be willing to impart to him. Article 10 does not, in circumstances such as those of the present case, confer on the individual a right of access to a register containing information on his personal position, nor does it embody an obligation on the Government to impart such information to the individual.⁴

Een vergelijkbare overweging komt voor in arresten zoals *Gaskin vs Verenigd Koninkrijk en Guerra e.a. vs Italië*.⁵

Zoals gezegd, tot 2009. In de zaak *Társaság a Szabadságjogokért (TASZ) tegen Hongarije* overwoog het EHRM dat de weigering inzage te geven in een klacht die door een politicus was ingediend bij het Constitutionele Hof, kon worden aangemerkt als een beperking van de vrijheid van nieuwsgaring.⁶ Een dergelijke beperking moet rechtstreeks worden getoetst aan de criteria van artikel 10, tweede lid. Twee factoren lijken bepalend te zijn geweest voor de kwalificatie als beperking. In de eerste plaats was de informatie opgevraagd door een nationale vereniging die zich ten doel stelt een forum

1 EHRM (GC) 19 februari 1998, *Guerra e.a. vs Italië*, appl. no. 116/1996/735/932, NJ 1999, 690.

2 EHRM (GC) 16 februari 2000, *Rowe en Davis vs UK*, appl. no. 28901/95.

3 EHRM (GC) 15 mei 2007, *Ramsahai vs Nederland*, appl. no. 52391/99.

4 EHRM 26 maart 1987, *Leander vs Zweden*, appl. no. 9248/81 (zie r.o. 74).

5 EHRM (GC) 7 juli 1989, *Gaskin vs UK*, appl. no. 10454/83 en EHRM (GC) 19 februari 1998 (zie hierboven noot 1).

6 EHRM 14 april 2009, *Társaság a Szabadságjogokért vs Hongarije*, appl. no. 37374/05, NJ 2010, 209 en EHRC 2009, 74.

te creëren voor maatschappelijke discussies. In de woorden van het Hof is de vereniging een ‘social watchdog’, vergelijkbaar met de pers. In de tweede plaats had de gevraagde informatie betrekking op een kwestie die evident van maatschappelijk belang is. Door te weigeren de informatie te verstrekken had de staat volgens het EHRM een ‘administrative obstacle’ opgeworpen voor een legitieme nieuwsgaring. Het obstakel vloeide voort uit de omstandigheid dat het Constitutionele Hof een monopolie op de desbetreffende informatie bezat.

Het EHRM ging niet zo ver dat het in artikel 10 EVRM een positieve verplichting voor de staat las om informatie aan *eenieder* te verstrekken. In het TASZ-arrest wordt uitdrukkelijk overwogen dat ‘it is difficult to derive from the Convention a general right of access to administrative data and documents’. Aan de andere kant is niet uitgesloten dat dit in de toekomst anders komt te liggen. Verwijzend naar een ontvankelijkheidsbeslissing uit 2006 overweegt het Hof namelijk:

Nevertheless, the Court has recently advanced towards a broader interpretation of the notion of ‘freedom to receive information’ (see *Sdružení Jihočeské Matky c. la République tchèque* (dec.), no. 19101/03, 10 July 2006) and thereby towards the recognition of a right of access to information.⁷

De eerder geciteerde overweging uit het Leander-arrest liet ook al zien dat de deur naar een positieve verplichting op een kier bleef staan. Leander had geen recht op de gevraagde documenten ‘in circumstances such as those of the present case’. In andere omstandigheden dus misschien wel.

De conclusie is dat artikel 10 EVRM tot dusver alleen in bijzondere gevallen gebruikt kan worden om de overheid te verplichten informatie af te staan. Het sterkst staan persorganen en andere ‘social watchdogs’ die een bijdrage willen leveren aan een maatschappelijk debat. Ook het arrest Kenedi tegen Hongarije, dat enkele weken na het TASZ-arrest werd gewezen, betreft een professionele publicist.⁸ De historicus Kenedi wilde inzage in een document van de voormalige geheime dienst. Zijn verzoek was afgewezen omdat hij weigerde een verklaring te ondertekenen dat hij de verkregen informatie niet zou publiceren. Het stellen van deze voorwaarde achtte het Hof in strijd met artikel 10 EVRM. Opmerkelijk is het oordeel van het EHRM dat het geschil tevens betrekking had op een ‘civil right’ in de zin van artikel 6 EVRM. Kenedi had te-

7 EHRM 14 april 2009 (zie hierboven noot 6), r.o. 35. De ontvankelijkheidsbeslissing *Sdružení Jihočeské Matky* is besproken in Wouter Hins en Dirk Voorhoof, ‘Access to State-Held Information as a Fundamental Right under the European Convention on Human Rights’, *European Constitutional Law Review*, Cambridge University Press, 2007-1, p. 114-126.

8 EHRM 26 mei 2009, Kenedi vs Hongarije, appl. no. 31475/05, NJ 2009, 589.

genover het Hof aangevoerd dat hij gehinderd was bij een ‘professional undertaking’. Het lijkt erop dat de professionaliteit van de aanvrager ook relevant was voor diens recht op informatie krachtens artikel 10 EVRM. Die uitleg heeft echter een belangrijk nadeel. Zijn bloggers en informele actiegroepen niet evenzeer een waakhond? Vervult niet elke burger van tijd tot tijd die functie?

2. Artikel 19 IVBPR

In oudere literatuur is de opvatting te vinden dat artikel 19 IVBPR een toegevoegde waarde zou kunnen hebben ten opzichte van artikel 10 EVRM, doordat de eerstgenoemde bepaling uitdrukkelijk melding maakt van de vrijheid om inlichtingen en denkbeelden te ‘garen’. Latere jurisprudentie van het EHRM heeft echter duidelijk gemaakt dat de vrijheid van nieuwsgaring ook door artikel 10 EVRM wordt beschermd. Beperkingen van de persvrijheid die voorafgaan aan de eigenlijke publicatie worden zelfs extra streng getoetst.⁹ Mede door deze interpretatie speelt artikel 19 IVBPR in de Nederlandse rechtspraak een ondergeschikte rol. Vast staat immers dat artikel 10, tweede lid, EVRM minder beleidsvrijheid aan de staten gunt dan artikel 19, derde lid, IVBPR. Toch zou het een misverstand zijn te denken dat artikel 19 IVBPR geen belang heeft naast artikel 10 EVRM.

Het praktische belang van artikel 19 IVBPR is dat het een minimum vormt waaraan het Hof in Straatsburg zich gebonden acht. Een voorbeeld biedt het Groppera-arrest uit 1990, waarin het Hof inging op de betekenis van de laatste zin van artikel 10, eerste lid, EVRM. Die bepaalt dat Staten een vergunningstelsel mogen invoeren voor radio-, televisie- en bioscoopondernemingen. Moet een dergelijk vergunningstelsel nog steeds getoetst worden aan de eisen van artikel 10, tweede lid? Verwijzend naar de geschiedenis van artikel 19 IVBPR beantwoordde het Hof deze vraag bevestigend. Het overwoog:

The Court observes that Art. 19 1966 International Covenant on Civil and Political Rights does not include a provision corresponding to the third sentence of Art. 10 par. 1. The negotiating history of Art. 19 shows that the inclusion of such a provision in that Article had been proposed with a view to the licensing not of the information imparted but rather of the technical means of broadcasting in order to prevent chaos in the use of frequencies. However, its inclusion was opposed on the ground that it might be utilised to hamper free expression, and it was decided that such a provision was not necessary because licensing in the sense intended was deemed to be covered by the reference to

9 EHRM 25 april 2006, Dammann vs Zwitserland, appl. no. 77551/01, r.o. 52.

‘public order’ in para. 3 of the Article (see Document A/5000 of the sixteenth session of the United Nations General Assembly, 5 December 1961, para. 23).¹⁰

Een soortgelijke invloed zou artikel 19 IVBPR kunnen hebben wat betreft de toegang tot overheidsdocumenten. Als vast komt te staan dat artikel 19 IVBPR de overheid in beginsel verplicht om informatie van algemeen belang openbaar te maken, zal het EHRM niet willen achterblijven. Een situatie waarin burgers beter beschermd worden door het mondiale IVBPR dan door het Europese EVRM, staat haaks op de voorbeeldfunctie die de Raad van Europa graag wil vervullen.

Inderdaad zijn er aanwijzingen dat artikel 19 IVBPR een recht op toegang tot overheidsinformatie geeft. Dit blijkt uit het ontwerp General Comment no. 34 van het Human Rights Committee (HRC) over de vrijheid van meningsuiting. Sedert oktober 2008 is gewerkt aan dit commentaar op artikel 19 IVBPR. Op 21 oktober 2010 werd de eerste lezing afgerond.¹¹ Relevant voor ons onderwerp zijn de paragrafen 18 tot en met 20 onder het kopje ‘Access to information’. De eerste zin is veelzeggend: ‘Article 19, paragraph 2 embraces a general right of access to information held by public bodies’. Vervolgens gaat het commentaar in op de samenhang met artikel 25 IVBPR. In een individuele klachtprocedure tegen Canada had het HRC al eens overwogen dat beide artikelen impliceren ‘that citizens, in particular through the media, should have wide access to information’.¹² Tenslotte wordt ingegaan op het belang van een snelle behandeling van verzoeken om informatie, de mogelijkheid van hoger beroep en het vermijden van onredelijke kosten. Het ontwerp General Comment concludeert: ‘States parties should make every effort to ensure easy, effective and practical access to state-controlled information in the public domain.’

3. Artikel 13 ACHR

Zowel het EHRM als het Human Rights Committee laten zich inspireren door de jurisprudentie van andere internationale instanties. Vermeldenswaard is het arrest van het Inter-Amerikaanse Hof voor de Mensenrechten in de zaak *Claude Reyes* tegen Chili, waarin een uitleg wordt gegeven aan artikel 13 van de American Convention on Human Rights (ACHR).¹³ Deze bepaling waarborgt het recht op vrijheid van menings-

10 EHRM (GC) 28 maart 1990, *Groppera Radio vs Zwitserland*, appl. no. 10890/84, NJ 1991, 739, r.o. 61.

11 Human Rights Committee, 100th session, Geneva 11-29 October 2010, CCPR/C/GC/34/CRP.5, te vinden op <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/comments.htm>>.

12 Human Rights Committee 7 april 1999, no. 633/1995, *Gauthier vs Canada*, r.o. 13.4. Zie U.N. Doc. CCPR/C/65/D/633/1995 (5 May 1999).

13 Inter-American Court of Human Rights 19 september 2006, *Claude Reyes e.a vs Chili*. Het arrest is te raadplegen op <www.corteidh.or.cr>.

uiting. Evenals artikel 19 IVBPR noemt het Amerikaanse artikel expliciet de vrijheid om inlichtingen en denkbeelden te garen. Op basis van dit garingsrecht oordeelde het Inter-Amerikaanse Hof in 2006 dat Chili artikel 13 ACHR had geschonden door te weigeren informatie te verstrekken over het voornemen grote stukken bos te laten kappen. Anders dan het EHRM drie jaar later in de TASZ-zaak, overwoog het Inter-Amerikaanse Hof dat de weigering inbreuk maakte op een *positieve* verplichting van de Staat.

Letterlijk overwoog het Inter-Amerikaanse Hof:

In relation to the facts of the instant case, the Court finds that, by expressly stipulating the right to ‘seek’ and ‘receive’ ‘information’, Article 13 of the Convention protects the right of all individuals to request access to State-held information, with the exceptions permitted by the restrictions established in the Convention. Consequently, this article protects the right of the individual to receive such information and the positive obligation of the State to provide it, so that the individual may have access to such information or receive an answer that includes a justification when, for any reason permitted by the Convention, the State is allowed to restrict access to the information in a specific case. The information should be provided without the need to prove direct interest or personal involvement in order to obtain it, except in cases in which a legitimate restriction is applied.¹⁴

De laatste zin uit dit citaat doet denken aan de Nederlandse Wob: de aanvrager hoeft in beginsel geen belang te stellen.

4. Ander Europees recht

De jurisprudentie van het EHRM wordt niet alleen van ‘boven’ beïnvloed door artikel 19 IVBPR en van ‘opzij’ door artikel 13 ACHR. De belangrijkste invloed komt van ‘onder’. Als zich binnen Europa een consensus aftekent over de wijze waarop grondrechten moeten worden uitgelegd en toegepast, zal het EHRM met die ontwikkeling rekening houden. Hebben transseksuelen er recht op dat hun identiteitspapieren worden aangepast? Kan een ongehuwde vader aanspraak maken op contact met zijn kinderen? Heeft een ongewenst zwangere vrouw recht op abortus? Het ligt voor de hand dat het EHRM ook rekening zal houden met een groeiende eensgezindheid over het recht op overheidsinformatie. Op verschillende Europese niveaus valt de laatste jaren een ontwikkeling naar meer openbaarheid te constateren. Dat zijn achtereenvolgens

14 Inter-American Court of Human Rights 19 september 2006 (zie hierboven noot 13), r.o. 77.

het niveau van de afzonderlijke lidstaten, de Europese Unie en de Raad van Europa. Ik noem van elk een voorbeeld.

Wat betreft de lidstaten volsta ik met één voorbeeld. In het Verenigd Koninkrijk had een journalist van de BBC inzage gevraagd in de notulen van de ministerraadvergadering van 9 januari 1986. Dat was de vergadering waarin de minister van defensie Michael Heseltine na een slaande ruzie ontslag nam uit het kabinet Thatcher. Alle daarop volgende kabinetten weigerden de notulen openbaar te maken omdat zij geen precedent wilden scheppen dat de eenheid van het regeringsbeleid kon schaden. Op 13 september 2010 bekrachtigde het Information Tribunal echter een beslissing van de Information Commissioner dat in dit bijzondere geval het belang van openbaarheid zwaarder moest wegen. Het tribunaal overwoog dat maar liefst acht van de ministers die bij de vergadering van 9 januari 1986 aanwezig waren geweest inmiddels hun memoires hadden geschreven en ieder een eigen versie van gebeurtenissen had gepubliceerd. Dat verminderde het belang van geheimhouding ‘significantly’.¹⁵

In de Europese Unie beschermt artikel 42 van het Handvest Grondrechten van de Europese Unie het recht op inzage in documenten. Dit recht is nader geregeld in de Eurovob, een verordening die oorspronkelijk gebaseerd was op artikel 255, lid 2, van het EG-verdrag en die nu berust op artikel 15, derde lid, van het VWEU.¹⁶ Vooral de zaak Turco is interessant. Het Hof van Justitie moest in hoger beroep beslissen of een kritisch ambtelijk advies over de kwaliteit van een EU-richtlijn geheim mocht worden gehouden. Zowel de Raad van Ministers als het Gerecht van Eerste Aanleg hadden geoordeeld dat geheimhouding op zijn plaats was. De burger zou anders kunnen gaan twijfelen aan de rechtsgeldigheid van de richtlijn..! Met deze redenering maakt het Turco-arrest korte metten door voorop te stellen dat het belang van openbaarheid extra zwaar weegt bij documenten die betrekking hebben op wetgeving. Het Hof van Justitie merkt vervolgens op dat het vertrouwen van burgers door transparantie juist wordt vergroot. ‘In feite is het veeleer de afwezigheid van informatie en discussie die bij de burgers twijfel doet ontstaan, niet alleen aan de rechtmatigheid van individuele handelingen, maar ook aan de legitimiteit van het gehele besluitvormingsproces’, zo overwoog het Hof van Justitie.¹⁷ De noodzaak van extra openbaarheid bij wetgeving is inmiddels gecodificeerd in artikel 15 VWEU.

15 Information Tribunal 13 september 2010, Cabinet Office vs Information Commissioner, case no. EA/2010/ 0031. Zie vooral r.o. 48. Gepubliceerd op <www.informationtribunal.gov.uk/>.

16 Verordening (EG) nr. 1049/2001 van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie d.d. 30 mei 2001 inzake de toegang van het publiek tot documenten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie, Pb EG L145, p. 43.

17 HvJ EU 1 juli 2008, Turco vs Raad van de Europese Unie, r.o. 46 en 59, JB 2008/174 m.nt. Overkleef-Verburg en Mediaforum 2009-1, nr. 1 m.nt. Hins

Binnen de Raad van Europa tenslotte werd op 18 juni 2009 het verdrag van Tromsø gesloten: de Council of Europe Convention on Access to Official Documents.¹⁸ De kernbepaling is artikel 2, eerste lid, dat luidt: ‘Each Party shall guarantee the right of everyone, without discrimination on any ground, to have access, on request, to official documents held by public authorities’. Verscheidene organen die buiten de werking van de Wob vallen, zoals de Raad van State, de Algemene Rekenkamer en de Commissie van toezicht betreffende de inlichtingen- en veiligheidsdiensten, zouden aangemerkt moeten worden als een ‘public authority’ in de zin van het verdrag. Hoewel een Nederlands lid van de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa, Klaas de Vries, een belangrijke rol heeft gespeeld bij het ontwerpen van de tekst, heeft de regering het tot nu toe niet aangedurfd een handtekening te zetten. Eerst maar eens onderzoeken tot welke wijzigingen van de Wob dit ons zou verplichten, zo antwoordde minister Ter Horst op schriftelijke Kamervragen van Mariko Peters.¹⁹ Het verdrag zal overigens pas in werking treden nadat tien lidstaten hebben geratificeerd. Eind 2010 was het verdrag ondertekend door 14 lidstaten en hadden 3 lidstaten geratificeerd.²⁰

5. De Wob op de schop

De arresten *Társaság a Szabadságjogokért* en *Kenedi* zijn geen eendagsvliegen, zo blijkt uit het voorafgaande. Er is sprake van een internationale rechtsontwikkeling die dwingt tot meer openbaarheid. Wat mij betreft mag Nederland het verdrag van Tromsø zo snel mogelijk ratificeren. Noorwegen, Zweden en Hongarije zijn ons voorgegaan. Een snelle ratificatie zou onderstrepen dat Nederland behoort tot de pleitbezorgers van ‘open government’. Traditioneel strijden we samen met de Scandinavische landen voor meer transparantie binnen de Europese Unie.²¹ Maar zelfs als Nederland onder het kabinet-Rutte van mening zou zijn veranderd, helpt het weinig om voor het verdrag van Tromsø weg te duiken. Immers, ook artikel 10 EVRM stelt eisen aan de toegang tot overheidsdocumenten. In voorkomende gevallen zou Nederland veroordeeld kunnen worden door het EHRM, zoals Hongarije overkomen is. Om een dergelijke blamage te voorkomen is het nuttig te inventariseren op welke punten de Wob wellicht tekortschiet. Ik noem vijf terreinen waarop artikel 10 EVRM verder gaat dan de Wob.

18 Council of Europe Convention on Access to Official Documents, CETS No.: 205. Zie <<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=205&CM=1&CL=ENG>>.

19 Aanhangsel Handelingen II, 2009-2010, nr. 1305. Zie ook o.a. Aanhangsel Handelingen II, 2010-2011, nr. 160 (antwoord 6).

20 Zie de website genoemd in noot 18 hierboven.

21 In de Turco-zaak (zie hierboven noot 17) heeft Nederland bij het Hof van Justitie geïntervenieerd om het standpunt van Turco te ondersteunen, samen met Zweden, Denemarken en Finland.

a. Andere instanties dan bestuursorganen

Het arrest *Társaság a Szabadságjogokért (TASZ)* van 14 april 2009 had betrekking op een document dat berustte bij het Constitutionele Hof van Hongarije. De veroordeling van Hongarije zou Nederland aan het denken moeten zetten. Ook in ons land is het buitengewoon lastig stukken uit een gerechtelijk dossier op te vragen als je niet zelf partij bent. Buiten de Wob zijn er bijzondere regelingen zoals artikel 28 Rv (burgerlijk recht), artikel 365 Sv (strafrecht), artikel 8:79, tweede lid, Awb (bestuursrecht) en artikel 838 Rv (overige registers). De verbrokkelde regelgeving is op zichzelf al een probleem, maar bovendien is het recht op inzage zeer beperkt.²² Zowel artikel 28, derde lid, Rv, als artikel 365, vijfde lid, Sv bepalen dat geen afschrift of uittreksel van processtukken wordt verstrekt, tenzij de stukken als bijlage aan de rechterlijke beslissing zijn gehecht. De Wob speelt om verschillende redenen geen rol. In de eerste plaats worden gerechtelijke instanties krachtens artikel 1:1, tweede lid onder c, van de Awb niet als bestuursorgaan aangemerkt. In de tweede plaats zouden de genoemde artikelen hoe dan ook als een *lex specialis* geld

b. Belang voor maatschappelijk debat

Bij de toepassing van de Wet openbaarheid van bestuur besteedt de Nederlandse rechter doorgaans geen aandacht aan de waarde die de opgevraagde informatie heeft voor het maatschappelijk debat. De meeste auteurs leiden hieruit af dat het belang van openbaarheid een standaardgewicht heeft. Deze uitleg sluit aan bij de tekst van artikel 2, eerste lid, en artikel 3, derde lid, van de Wob. P.J. Boukema liet enkele jaren geleden een ander geluid horen, maar zijn pleidooi kreeg geen navolging.²³ In 2010 heeft de Afdeling bestuursrechtspraak nog eens herhaald 'dat de Wob het belang van openbaarmaking voor een goede en democratische besluitvorming als een op zichzelf staand belang vooronderstelt en dat het gewicht van dit belang niet afhankelijk is van het onderwerp waarop de documenten betrekking hebben.'²⁴ Het behoeft geen betoog dat artikel 10 EVRM een ander uitgangspunt heeft. De weigering om informatie te verstrekken over een voorgenomen wijziging van de sociale zekerheid zal moeilijker te rechtvaardigen zijn dan de weigering een individueel bijstandsdossier openbaar te maken, op verzoek van een ex-echtgenoot die verlaging van zijn alimentatieverplichting nastreeft.

22 De wetsgeschiedenis van deze bepalingen is besproken in het rapport 'Toegang tot rechterlijke uitspraken', geschreven door J.M. de Meij, A.H. Ekker, J.F. Haeck, A.W. Hins en L.W.M. Wopereis, bijlage bij Mediaforum 2006-4, p. 1-20.

23 P.J. Boukema, 'De WOB: recente ontwikkelingen in de rechtspraak', in A.W. Hins en A.J. Nieuwenhuis (red.), *Van ontvanger naar zender. Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.M. de Meij*, Amsterdam, Otto Cramwinckel Uitgever 2003, p. 37-38.

24 ABRvS 17 februari 2010, RTL Nederland BV vs minister van AZ, LJN: BL4132 (r.o. 2.6.1).

c. Belang van feitelijke lekken

Begin 2007 vroeg de Volkskrant aan de minister van Algemene Zaken om inzage in drie documenten over de Nederlandse positie ten aanzien van een eventuele aanval op Irak. Dat verzoek was afgewezen. In de procedure die daarop volgde voerde de Volkskrant aan dat de afwijzing in strijd was met de Wob, omdat de documenten feitelijk al in het bezit waren van sommige media. De Volkskrant beriep zich op de stelregel ‘eens openbaar, altijd openbaar’. De Afdeling oordeelde echter dat deze regel alleen opgaat wanneer het bestuursorgaan zelf tot openbaarmaking heeft besloten. Als een document op onrechtmatige wijze is ‘gelekt’, hoeft het bestuursorgaan zich daarbij niet neer te leggen.²⁵ In het onderhavige geval waren de documenten niet openbaar gemaakt in de zin van de Wob, zodat de Volkskrant de zaak verloor. Dit oordeel past in de systematiek van de Wob, maar op grond van artikel 10, tweede lid, EVRM had de Afdeling moeten nagaan of de weigering noodzakelijk was in een democratische samenleving. Het EHRM heeft in het verleden overwogen dat een beperking van de uitingsvrijheid die de bescherming van een staatgeheim beoogt, niet noodzakelijk is in een democratische samenleving wanneer dit doel feitelijk niet meer verwezenlijkt kan worden.²⁶

d. Absolute uitzonderingsgronden

Naar Nederlands recht is openbaarmaking soms absoluut verboden. Voorbeelden zijn te vinden in artikel 10, eerste lid, van de Wob en artikel 25a, tweede lid, van de Wet op de Raad van State. Volgens het laatstgenoemde artikel wordt het advies van de Raad van State over een wetsvoorstel van de regering gelijktijdig met de indiening van het wetsvoorstel openbaar gemaakt. Alleen als de regering besluit een wetsvoorstel niet in te dienen, moet het advies binnen dertig dagen na dat besluit openbaar worden gemaakt. Dus zolang er geen beslissing wordt genomen moet het advies geheim blijven. Die periode kan lang duren, zoals blijkt uit het volgende voorbeeld. Op 24 januari 2002 heeft de Raad van State advies uitgebracht over een concept-wetsvoorstel tot wijziging van de Grondwet (eerste lezing) om een nieuw grondrecht op te nemen inzake de toegang tot overheidsinformatie. Blijkens een brief van minister De Graaf d.d. 29 oktober 2004 werd de besluitvorming aangehouden.²⁷ Nu, meer dan zes jaar later, is er nog steeds niets gebeurd. In Straatsburg zal het moeilijk te verdedigen zijn dat een strikte toepassing van artikel 25a WRvS verenigbaar is met artikel 10 EVRM.²⁸

25 ABRvS 27 mei 2009, Volkskrant vs minister van AZ, LJN: BI4972 (r.o. 2.4.1). Zie ook Mediaforum 2009-9, nr. 27 m.nt. Spaans en Mensink.

26 EHRM 26 november 1991, Observer en Guardian vs UK, NJ 1992, 457 m.nt. Dommering en EHRM 9 februari 1995, Vereniging Bluf! vs Nederland, Mediaforum 1995-3, p. B30-B34.

27 Brief van de minister voor Bestuurlijke Vernieuwing en Koninkrijksrelaties aan de Voorzitter van de Tweede Kamer d.d. 29 oktober 2004, kenmerk 2004-0000018226.

28 Opmerkelijk is dat de Raad van State op grond van artikel 25a, vijfde lid, WRvS adviseert over de openbaarheid van zijn eigen adviezen en vervolgens als rechter optreedt in geschillen daarover. Als artikel 6 EVRM van toepassing is, kan dat een ‘Procola’-probleem opleveren.

e. Doorberekening van kosten

Het recht op informatie wordt uitgehold wanneer de overheid hoge kosten in rekening zou kunnen brengen. Daarom bepaalt artikel 7 van het Verdrag van Tromsø dat de overheid alleen een vergoeding mag vragen voor het maken van kopieën. De tarieven moeten redelijk zijn, gebaseerd op de werkelijke kosten en vooraf zijn gepubliceerd. Artikel 12 van de Wob biedt aanzienlijk minder waarborgen. Het artikel bepaalt dat bij of krachtens algemene maatregel van bestuur regels ‘kunnen’ worden gesteld. Omdat die regels alleen betrekking mogen hebben op de centrale overheid, leek het erop dat lagere overheden volstrekt vrij zijn hun eigen tarieven te kiezen. Deze suggestie werd gewekt door de staatssecretaris van Binnenlandse Zaken op 25 maart 2010.²⁹ Enkele weken later bracht de rechtbank te ’s-Gravenhage daar echter een belangrijke correctie op aan. Volgens de rechtbank biedt artikel 229, eerste lid, aanhef en onder b, van de Gemeentewet geen grondslag voor het heffen van leges in verband met het in behandeling nemen van een Wob-aanvraag.³⁰ Gemeenten hebben dus juist minder vrijheid dan de centrale overheid. Onheilspellend is dat het ministerie van Binnenlandse Zaken nu onderzoekt welke maatregelen kunnen worden genomen tegen aanvragers die de Wob ‘misbruiken’.³¹ Zou men overwegen notoire lastpakken met een gepeperde rekening af te schrikken?

6. Tenslotte

‘Nederland dreigt op het terrein van openbaarheid in de achterhoede terecht te komen’, zo schreef Jit Peters in een recente publicatie.³² Ik kan dat alleen maar beamen. Wellicht zijn de arresten *Társaság a Szabadságjogokért (TASZ)* en *Kenedi* tegen Hongarije onvoldoende bekend. Zouden we moeten wachten op een derde arrest van het EHRM, onder het motto driemaal is scheepsrecht? Het zou pijnlijk zijn als Nederland de volgende lidstaat is die wordt veroordeeld.

De jurisprudentie van het Hof in Straatsburg is in beweging, zoals het Hof in het *TASZ*-arrest aangaf. Nederlandse rechters zouden er goed aan doen die beweging te volgen. Zij hebben de mogelijkheid wetten verdragsconform te interpreteren en zo nodig buiten toepassing te laten. Natuurlijk kan de wetgever ook uit zichzelf besluiten tot een modernisering van de Wob. Naast een dialoog tussen wetgever en rechtspraak

29 Aanhangsel Handelingen II, 2009-2010, nr. 2026 (antwoord 3).

30 Rb ’s-Gravenhage 28 april 2010, B. de Winter vs heffingsambtenaar gemeente Kaag en Braassem, LJN: BM4074.

31 Brief van de staatssecretaris van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties d.d. 6 oktober 2010, Kamerstukken II, 2010-2011, 31751, nr. 9.

32 Jit Peters en Geerten Boogaard, ‘Staatscommissie Thomassen: te voorzichtig’, *NJB* 2010, 2281, afl. 44/45, p. 2805.

is ook een dialoog tussen wetgever en rechtswetenschap denkbaar. Jit heeft vrienden en familie in de politiek, dus misschien helpt dat.

Post Scriptum

Vlak voor het ter perse gaan van deze bijdrage heeft de Raad van State op 19 januari 2011 twee uitspraken gedaan die een koerswijziging zouden kunnen aankondigen (LJN: BP1315 en BP1316). Voor het eerst heeft de Afdeling bestuursrechtspraak een beslissing van de overheid om bepaalde documenten niet openbaar te maken getoetst aan artikel 10 EVRM. Weliswaar stelde de Afdeling in beide zaken vast dat het grondrecht niet was geschonden, maar het enkele feit dat de Afdeling artikel 10 EVRM van toepassing achtte is een kleine doorbraak. Hoera!